

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO.

1. Introdução

O regime jurídico do controlo da decisão de facto por um tribunal de 2ª instância é, pode-se dizer, aquele segmento do direito processual civil mais responsável pelo efectivo decaimento ou vencimento dos recorrentes.

Efectivamente, em regra é menor o êxito do recurso de apelação quando este se funda na impugnação da matéria de direito por erro de subsunção ou de qualificação jurídica dos factos dados como provados (ou não provados)-face ao maior domínio do julgador no que respeita à interpretação e aplicação dos comandos normativos convocáveis no caso concreto-, razão pela qual a resolução final dos conflitos de interesses acaba por se concentrar na tentativa de o recorrente levar a 2ª instância a formar uma nova (e diferente) convicção sobre os concretos pontos de facto por ele impugnados.

É, pois, neste domínio dos fundamentos recursórios que o recorrente pode aspirar a triunfar na contenda que venha a ter lugar no Tribunal da Relação.

Como sabemos, em processo civil e no plano constitucional, o direito ao recurso nem sempre é garantido e também não existe um duplo grau de jurisdição para todas as decisões a que o legislador ordinário esteja vinculado.

Porém, quando esse recurso seja admitido importa, no quadro dos recursos de apelação, determinar a natureza e a intensidade do padrão de controlo efectuado pela Relação sobre a decisão da 1ª instância respeitante à matéria de facto.

Ora, de harmonia como o seu fim, esta sindicância, pode assumir, de uma forma geral, três modalidades: apelação-reponderação, apelação reexame e apelação-anulação da decisão recorrida.¹

No primeiro caso, a Relação pode, ao reponderar a decisão de facto recorrida da 1ª instância, substituí-la pela sua decisão, com base nos mesmos elementos probatórios que constem do processo e aportados pelas partes, o que pode acontecer quando os factos tidos como assentes, a prova produzida impuserem decisão diversa (artigo 662.º, nº 1 do CPCivil).

¹ Cfr. neste sentido Miguel Teixeira de Sousa, Estudos Sobre ao Código de Processo Civil, Lex, Lisboa 1997, págs. 393 e segs.

No segundo caso a Relação pode alterar a decisão de facto se o recorrente apresentar documento superveniente que de igual forma imponha decisão também diversa, podendo ainda alterar essa decisão se determinar a renovação dos meios de prova quando existam dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento, ou a produção de novos meios de prova quando exista dúvida fundada sobre a prova realizada [artigo 662.º, nº 1 e nº 2 alíneas a) e b)].²

No terceiro caso a Relação exerce poderes cassatórios ou de rescisão, no sentido de que pode anular a decisão de facto proferida na 1ª instância quando a reputar contraditória, obscura ou deficiente [artigo 662.º, nº 2 al. c) do CPCivil] bem como quando considere indispensável ampliação da matéria de facto ou então quando a decisão não esteja devidamente fundamentada [alínea d) do nº 2 do citado normativo].

2. Antecedentes históricos

2.1- O sistema de oralidade

A par do conceito a que a dogmática processualista moderna deu o nome de oralidade em **sentido amplo** a que está subjacente o profundo movimento de ideias de índole técnico-sistemática, político-jurídica, ideológica e até filosófica em favor da oralidade em que afloram já os caracteres da igualdade, a publicidade, a motivação, a livre apreciação da prova, o segundo grau de jurisdição (em matéria de facto e de direito) e um esboço da oralidade-imediação, com audiência de discussão oral, embora sem produção de prova oral imediata, que transformou de forma radical o processo comum medieval (com carácter secreto, escrito e mediato)³ aparece-nos um outro em **sentido estrito** que quase corresponde ao sentido etimológico deste vocábulo, de predomínio da palavra falada sobre a escrita como forma de comunicação dentro do processo.

Todavia, para além desses sentidos, existe um outro intermédio mais propriamente técnico ou científico de **oralidade-imediação**.

² Como refere Teixeira de Sousa, obra citada pág. 415, nestas situações à Relação são outorgados poderes para decidir com base em elementos novos de modo que lhe é atribuído um poder de reexame da decisão de facto impugnada

³ Cfr. Cappeletti, Mauro, Procedure oral e procedure écrit, Milão, Nova Iorque, 1971, págs. 41 e segs.

Efectivamente, um dos aspectos particulares, porventura o mais significativo, constantes do movimento atrás referido, foi o chamado método directo do julgador com as provas, inerente e imanente à plena actuação prática do princípio da livre convicção do juiz. Método por este utilizado quer na recepção e avaliação das provas materiais de que lhe compete conhecer (coisas, documentos e lugares que tem de examinar) quer, e sobretudo na recepção e apreciação das provas pessoais (testemunhas, partes e peritos) que tem de valorar, o qual se traduz, quanto a este último género de provas (pessoais), em que as declarações e depoimentos produzidos nos autos devem ser prestados directamente (e portanto oralmente) perante o próprio juiz que julga a causa (decidindo a matéria de facto) e que, como tal, os tem que apreciar.

Por essa razão também, por vezes, se designa, o princípio ou sistema da oralidade, encarado sob este ângulo, por princípio ou sistema de imedição (ou oralidade-imedição). Designação na qual se alude e põe em evidência justamente o aspecto da natureza essencialmente técnica do método de recepção e de avaliação da prova que atrás se referiu, ou seja, que é através da observação ou contacto directo e imediato do juiz com os elementos ou fontes de prova que tem de apreciar (designadamente as declarações das partes, testemunhas e peritos) que o julgador recolhe os melhores elementos para formar a sua livre e íntima convicção e que, como tais, o podem levar a concluir, com relativa segurança, pela veracidade ou falsidade dessas mesmas declarações, o que implica, volta a sublinhar-se, que tais declarações sejam prestadas, oralmente perante o próprio juiz que julga a causa.

Importa, todavia, sublinhar que existe uma certa tendência da doutrina para a assimilação dos dois últimos conceitos de oralidade que se deixaram referidos, ou seja, em sentido estrito (como oral de comunicação do pensamento dentro do processo) e sentido técnico ou intermédio (como método directo e imediato da apreciação da prova pelo juiz, que implica aquela forma oral de comunicação do pensamento nas provas pessoais).⁴

Não deixando alguns autores até de acentuar o carácter primacial e central da oralidade no segundo sentido (do contacto directo do juiz com a prova como fim específico da verdade objectiva) em face do qual a oralidade em sentido estrito constitui apenas um elemento instrumental do princípio da imedição e não um fim em si mesmo, sendo que, esta relação de instrumentalidade da forma oral com as vantagens específicas do método directo da observação das provas (imedição) se costuma também apontar a alguns outros princípios fundamentais do processo moderno que entram no conceito amplo de oralidade, e daí que este

⁴ Cfr. Dos Reis, Alberto, Reforma do Processo Civil e Comercial, Coimbra, 1926, Relatório do Decreto 12 353 de 22/09/1926.

assuma, por sua vez, diversas latitudes e configurações, pelo que, a mencionada instrumentalidade apresenta também diversos graus e se manifesta em diversos planos.

Aliás, é por esta ordem de razões que alguns autores negam autonomia sistemática à oralidade das declarações em si mesmas consideradas, atribuindo-lhe por isso, e tão só, a natureza instrumental a que se fez referência em face do conceito e do fim da imediação.⁵

De resto os dois conceitos em análise não coincidem inteiramente nem se confundem, pois que o conceito de imediação, é sem dúvida, mais amplo do que o da oralidade em sentido estrito, posto que abrange também a prova por inspecção das coisas e lugares e o exame dos documentos, que podendo e devendo ser feitos de modo directo e imediato (pela observação e acção directa do próprio juiz da causa), todavia, nada tem, como é obvio, de oralidade e, por outro lado, pode haver oralidade sem imediação do julgador com as provas, nem identidade física do juiz, como impressivamente sublinha Galgano⁶ aludindo à hipótese de o julgamento da questão de facto ser feito por um magistrado com base em relato oral dum outro magistrado (delegado expressamente para ouvir as testemunhas, as partes e os peritos).⁷

Acontece que, o conceito de oralidade em sentido estrito que tem por base, como se referiu, a ideia central da prevalência da palavra falada sobre a escrita como forma de comunicação dentro do processo, podem formular-se outras duas acepções ou modalidades que têm com aquele conceito inegável afinidade lógico sistemática, posto que giram em torno daquela mesma ideia fundamental:

a)- uma primeira acepção em que a referida prevalência se converte em predomínio absoluto (ou exclusividade) da forma oral no tratamento da causa, de tal sorte que fosse banido inteiramente do processo o uso de quaisquer elementos escritos, e que, portanto, as relações entre as partes, testemunhas, peritos e juiz fossem exclusivamente orais. Trata-se de um conceito de Cappelletti⁸ que designou por “utópico”, querendo com isto significar que o considerava impraticável em que a forma escrita como “refinado e utilíssimo instrumento de comunicação e conservação do pensamento” não pode ser de modo nenhum menosprezado.

b)- uma outra acepção, segundo a qual o juiz só pode tomar como base da decisão da causa aqueles elementos que lhe forem comunicados oralmente (através de debate oral), mas

⁵ Cfr. Andrade, Manuel, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, pág. 1979, pág. 386.

⁶ Sulla riforma del procedimento civile, in *Riv. Proc. Civile*, Ano I, 1924, Parte I, pgs. 153 3 e segs.

⁷ Como, aliás, acontecia entre nós quando as testemunhas ou peritos eram ouvidos por carta precatória.

⁸ *La Oralidade en el proceso civil italiano*, Caracas, 1975, pág. 93 e segs.

tem forçosamente de considerar nessa decisão todos esses elementos. Era o conceito de oralidade seguido por os autores alemães (Schonke, Goldschmit, Rosenberg).⁹

Cumpré, porém, salientar que esta ideia de valorização do elemento oral para a decisão da causa judicial, não exclui que os próprios autores alemães sustentem que este elemento oral deve ter também uma rigorosa expressão escrita no processo, através, sobretudo, das actas e termos elaborados durante as audiências (ou, por vezes, fora delas), os quais têm de aludir e de reproduzir tudo o que se comunicou ao tribunal, e não conste já das peças escritas do processo, designadamente, os articulados das partes e as respostas dos peritos e testemunhas reduzidas a escrito, daí resultando que, por um lado todas as peças escritas e os próprios documentos juntos aos autos tenham de ser lidos na audiência e, portanto, comunicados oralmente, perante todos os juízes que compõe o tribunal que julga a causa e, por outro que todas as declarações orais produzidas no processo com relevância para a causa, tenham de ser referenciadas e até reproduzidas nas actas da audiência, estando justamente neste caso todas as declarações das partes, testemunhas e peritos, que assim ficam inteiramente documentadas no processo.

Ora, por detrás desta exigência dum rigoroso sincronismo ou plena correspondência entre os elementos escritos e os elementos orais dum dado processo, está a ideia das vantagens do sistema da oralidade como garantia da boa administração da justiça, a garantia de que os julgadores ao proferirem as suas sentenças têm conhecimento directo e real e efectivo de todos os elementos relevantes do processo, que os interessados invocaram e submeteram à sua apreciação.

2.2 – Solução adoptado pelo sistema português à luz do conceito de oralidade.

Como é do conhecimento geral no âmbito do judiciário e do direito, durante largos anos vigorou entre nós o sistema da **oralidade pura**.

Adoptado pelo nosso legislador processual em 1932 (Decreto 21 694 de 28/09/1932) e mantido quase inalterado nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961, a apreciação da matéria de facto efectuada, quer pelo tribunal colectivo quer pelo Juiz singular, não previa a redução a escrito das provas produzidas em audiência de julgamento em 1ª instância em obediência aos princípios da imediação e oralidade.

⁹ Cfr. neste sentido Vaz, A.M. Pessoa, Súmulas das Lições feitas ao 3º ano Jurídico no ano de 1984/1985, pág. 130/131.

Tal situação, como sabemos, só veio a ser alterada com reforma do Código de Processo Civil concretizada pelo DL 39/95, de 15 de Fevereiro.

Ora, a perpetuação por tão longo período temporal, daquele sistema de oralidade pura deveu-se, nas palavras de Vaz, A. M. Pessoa¹⁰, a um duplo erro doutrinal e de direito comparado, posto que, o legislador português baseou-se, por um lado, no pretensu testemunho de vários autores estrangeiros de maior projecção, dos grandes nomes ligado ao movimento das reformas do século passado inspirados no princípio da oralidade (designadamente, Chiovenda, Klein, Carnelutti e Mortara) que aberta e inequivocamente perfilhavam um sistema de oralidade mitigada, completado pela rigorosa documentação da prova, pela motivação e pelo recurso de apelação da matéria de facto-que era expressamente considerado por aqueles autores como pertencendo à própria essência do processo oral-e tanto que admitiam a renovação oral da prova (testemunhal, de parte etc.) no tribunal de segunda instância; e baseou-se, por outro lado, no exemplo das numerosas e notáveis legislações estrangeiras que tinham também adoptado o processo oral de tipo genuinamente austríaco e chiovendiano e cuja pseudo-experiência o nosso legislador considerou definitiva.

Todavia, o nosso legislador não se terá apercebido que todas as citadas legislações haviam adoptado o conceito de oralidade mitigada sustentada por Klein e Chiovenda, prevenindo e regulamentando expressa e minuciosamente quer a elaboração das actas e protocolos em que se reproduziam os depoimentos e declarações orais prestados perante o tribunal de primeira instância, quer a minuciosa motivação das decisões da matéria de facto (que remetiam frequentemente para o conteúdo dessas mesmas actas) quer ainda o recurso destas últimas decisões, que também remetiam para as supracitada actas, embora pudessem produzir prova nova ou renovada com carácter oral e imediato perante o tribunal superior.¹¹

A demonstração desse duplo erro, doutrinal e de direito comprado, pode fazer-se em relação a dois momentos distintos e com base no conteúdo de dois textos fundamentais.

O primeiro reporta-se ao Decreto de 21.694 de 1932 onde o erro se mostra patente confrontando o Relatório desse Decreto, em que se citam expressamente os exemplos das legislações inglesa, francesa, austríaca, alemã, húngara e de numerosos cantões suíços, e bem assim as legislações nórdicas da Finlândia e da Dinamarca e o Projecto Espanhol de Código de Processo Civil de 1918 (Conde de Ramanones) com um sentido, porém, diametralmente contrário, isto é, de oralidade mitigada com documentação da prova, que era, afinal, o conceito de oralidade perfilhada pelo próprio Chiovenda, mas considerados pelo nosso

¹⁰ In Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial, Coimbra, 1976, págs. 87 e segs.

¹¹ Vaz, M.A. Pessoa obra citada págs. 101 e segs.

legislador, como uma experiência definitiva do regime de oralidade pura que veio a adoptar, absolutamente contrário ao estatuído nessas legislações.

O segundo é relativo ao Código de 1939 e a várias passagens das Actas da Comissão Revisora daquele Código (que incidiram sobre o Projecto de Alberto dos Reis de 1935-1936) publicadas na Revista da Ordens dos Advogados, ano de 1947, nº 3-4 pág. 362, das quais resulta claramente que o legislador português voltou a invocar o exemplo da doutrina e da legislação estrangeiras (designadamente a opinião de Klein e da doutrina alemã expressa em Congresso de processualistas de 1924) que, segundo ele, teriam difundido o sistema de oralidade pura, sem documentação da prova, no direito alemão e austríaco¹², o mesmo sucedendo, com os autores participantes nesse Congresso, que igualmente sustentaram o sistema de oralidade mitigada, do mesmo tipo do Código austríaco e que, aliás, já tinha sido consagrado no Código alemão de 1877.¹³

Refém da oralidade pura, sem, portanto, qualquer documentação da prova oral produzida em audiência de julgamento, nem motivação objectiva e controlável, nem possibilidade de recurso da matéria de facto, o nosso sistema era ímpar num mundo civilizado, absolutamente inconciliável com os critérios basilares dos modernos conceitos do Estado de Direito e de Estado Social de Direito, situando por isso a justiça portuguesa num plano de manifesta inferioridade em relação aos sistemas de garantias judiciais das três grandes famílias do direito em que o influxo do processo oral austríaco, directa ou indirectamente se fez sentir: a família romano-canónica (subdivida nas suas três grandes áreas: latina, e latino-americana, germânica e escandinava) a família da common law e a família dos países socialistas.¹⁴

2.3- Consequências da sua adopção

¹² Quando era certo que Klein sustentava vigorosamente o sistema de oralidade mitigada consagrado no Código de 1895 a ponto de ter afirmado que “*a oralidade é um inimigo perigoso se se aceita como um formalismo*” e que se “*tivesse de escolher entre um processo exclusivamente escrito e um processo exclusivamente oral, não teria dúvidas em optar pelo primeiro*”, Pessoa Vaz obra citada na nota pág. 137.

¹³ Aliás, pode considerar-se que também contribuiu para reforçar este erro do nosso legislador do Código de 1939 a teorização que dele fez Silva e Sousa, vogal secretário da Comissão Revisora o qual invocou igualmente erroneamente as legislações mencionadas no Relatório do Decreto de 21 694 de 1932, e várias outras, e citou alguns autores defensores da oralidade pura, sendo certo que todos esses autores sustentaram, pelo contrário, um regime de oralidade-imediação com documentação da prova, motivação e recurso da decisão de facto (cfr. Vaz, A.M. Pessoa, obra citada pág. 146 e 148/149 nota 191 e Revista da Ordem dos Advogados, 1942, pág. 115 e segs.).

¹⁴ Cfr. Cappeletti, obra citada pág. 9.

Com a introdução do novo sistema da oralidade pura em 1932, que o próprio legislador português definiu, através de três características fundamentais-instrução puramente oral da causa, concentração e reforço da actividade do juiz, como claramente decorre do Relatório do Decreto de 21 694 de 29/09/1932, em conexão com o relatório do Decreto 12 353 de 29/09/1926-coincidiu a criação e adopção entre nós do sistema de tribunais colectivos de primeira instância, concebidos fundamentalmente como forma de compensar e até superar a perda de garantias que para as partes resultava da abolição do registo escrito das provas pessoais e, consequentemente, da impossibilidade prática do recurso da matéria de facto, e também como meio de acelerar os processos, eliminando as demoras resultantes da redacção das actas dos depoimentos prestados oralmente perante o tribunal.

Acontece que em resultado deste novo sistema de colegialidade os juízes passaram a estar mais ocupados em tempos de trabalho e esforço, primeiro porque a composição e funcionamento dos tribunais colectivos impunham a todos os magistrados em geral, além do estudo e condução dos processos das suas próprias comarcas, o estudo e participação nas audiências de discussão e julgamento das outras comarcas onde eram chamados a realizar audiências de julgamento, depois porque o sistema de juiz activo, específico do processo oral, tal como o nosso legislador e bem o entendeu, lhe exigia maior atenção na condução dos seus próprios processos, pois tinha de acompanhar cada causa desde o início, elaborando as peças pertinentes (nomeadamente, saneador, especificação e questionário), e tinha também que conduzir directa e responsavelmente toda a importante fase da produção e produção de prova que, em princípio não podia delegar noutro juiz nem em qualquer funcionário judicial.

Todavia, o nosso legislador em vez de estar atento a estas novas exigências e ao maior esforço que o processo oral impunha aos juízes e aos próprios funcionários da justiça em geral, procurando um mínimo de reajustamento dos quadros judiciários então existentes àquelas novas exigências adoptou, quase de forma paradoxal, a solução diametralmente oposta, ou seja, a drástica supressão em 1927 e de uma só vez, de trinta e sete tribunais, continuando a afirmar em 1937, já depois da criação dos tribunais colectivos, que tal redução de tribunais ainda devia ser levada mais longe.¹⁵

Ora, foi este grave desfasamento resultante da falta de rigorosa articulação do nosso sistema processual de oralidade pura e de colegialidade generalizada, introduzido em 1932, com as novas exigências da orgânica judiciária, em que tal sistema teria de apoiar-se que

¹⁵ Cfr. Actas da Comissão Revisora do Projecto de Alberto dos Reis, de 1935/1936 in Revista da Ordem dos Advogados, 1947, já citada pags. 350 e sgs.

criou no nosso país e esteve na base da tentativa da reforma processual e judiciária ulteriormente realizadas, sobretudo com a promulgação do Novo Código de Processo Civil de 1961 e com as várias leis judiciárias que procuraram aumentar o número de juízes e funcionários a partir de 1962 e culminadas com o Decreto n.º 202/73 de 1973 que restaurou praticamente, entre nós, os mesmos tribunais suprimidos quase meio século antes.

Porém, onde mais negativamente se fez sentir a influência do sistema da oralidade pura foi sobre o nível técnico e o acerto das decisões dos nossos tribunais colectivos, onde existia, muitas vezes, um vício de raciocínio que levantou, em dado momento, nosso meio jurídico, quer forense quer judicial quer doutrinal, uma forte reacção, traduzida, por vezes, numa verdadeira onda de protestos.

Com efeito, tratava-se de um esquema de decisão da matéria de facto que se resolvia na inversão ou salto lógico do silogismo judiciário, ou seja, em o tribunal colectivo, nas respostas ao questionário, em vez de partir da prova, efectivamente produzida nos autos (premissa menor), para, através da regra de direito aplicável (premissa maior), chegar à rigorosa decisão do pleito (sentença ou conclusão do silogismo judiciário), proceder, por vezes, pura e simplesmente ao contrário, isto é, partia da conclusão (a que chegava fundamentalmente por via intuitiva) e era nessa base que decidia a questão de facto, dando como provados, precisamente, os factos que se ajustavam e convinhavam àquela conclusão.

Este vício de natureza lógica, que levava os colectivos a julgarem por vezes, num certo sentido, sem prova, ou mesmo contra a prova resultante dos autos, por estranho que pareça, era comprovado pelo testemunho qualificado por numerosíssimos advogados, de Professores de Direito (como Alberto dos Reis, Palma Carlos, Manuel de Andrade e Antunes Varela) e até de magistrados de alta craveira profissional, como os Conselheiros Themudo Machado, José Osório e o Desembargador Campos Costa.¹⁶

Tal modo de decidir era, sem dúvida, consequência do sistema da oralidade pura que durante muito tempo vigorou no nosso sistema positivo, pois que, sem uma documentação de toda a prova produzida no processo, não era possível ao juiz fazer uma motivação objectiva e exaustiva da decisão de facto e, como tal, controlável por um tribunal de recurso, quer com base na inexacta avaliação das provas em primeira instância, quer com base na falta de motivação ou nos vícios lógicos de insuficiência ou de contradição de motivos de que a decisão viesse a enfermar.

¹⁶ Cfr. Vaz, A.M. Vaz, Pessoa obra citada pág. 24 nota 14 e segs.

3.- A reforma de 1995

3.1. Considerações gerais.

No quadro anterior à reforma de 1995 era a alínea a) do artigo 712.º [para além das situações referidas nas suas alíneas b) e c)] que conferia ao tribunal de 2º instância o poder-dever de alterar a decisão da matéria de facto impugnada. Todavia, tal sucedia apenas quando do processo constassem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão.

Ora, como não havia registo ou documentação da prova produzida em audiência de julgamento essa possibilidade reduzia-se a coisa nenhuma, razão pela qual o recurso de apelação circunscrevia-se, assim, praticamente às questões de direito, diversamente do que acontecia na generalidade dos países em que havia um verdadeiro segundo grau de jurisdição em matéria de facto.

Efectivamente, bastava que a convicção subjacente à decisão da matéria de facto na 1.ª instância se tivesse fundado em meios de prova que não tivessem sido registados nos autos (v.g. depoimentos testemunhais, declarações das partes, esclarecimentos de peritos ou percepções resultantes da observação directa com base em inspecções judiciais) para que a Relação ficasse impedida de reapreciar qualquer decisão no âmbito da matéria de facto.¹⁷

Portanto, em termos de praxis judiciária, a possibilidade de introduzir alterações na decisão da matéria de facto estava confinada aos casos em que o tribunal formasse a sua convicção exclusivamente com base na prova documental, relatórios periciais, acordo das partes, confissão reduzida a escrito ou depoimentos recolhidos antecipadamente ou através de cartas precatórias ou rogatórias.

A Reforma de 1995 concretizada pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de Fevereiro, veio estabelecer a possibilidade de documentação ou registo da prova produzida nas audiências de julgamento (cf. artigos 522.º-A, 522.º-B e 522.º-C), o que teve como consequência a ampliação dos poderes cognitivos da 2ª instância quanto à reapreciação da decisão de facto proferida na 1ª instância.¹⁸

¹⁷ No Ac. da Relação de Lisboa, de 18/04/1996, CJ, Tomo II, pág. 108 afirmava-se como regra a imodificabilidade das respostas aos quesitos.

¹⁸ Nessa altura estava, porém, estabelecido um regime de alternatividade entre a intervenção do tribunal colectivo e gravação da prova produzida em audiência final: requerida por uma das partes a gravação da audiência ficava precluída, quer em processo ordinário, quer em processo sumário a intervenção do colectivo [artigos 646.º, nº 2 alínea c) e 791.º, nº 2 e 4 do CPCivil (na redacção anterior à resultante da lei nº 3/99)].

Na verdade, o artigo 712.º do então Código de Processo Civil estatuiu que a decisão do tribunal de primeira instância sobre a matéria de facto podia ser alterada pela Relação desde que se verificassem as situações aí consignadas, ou seja, pretendeu-se reforçar os poderes da Relação enquanto Tribunal de instância, permitindo-se claramente a reapreciação do juízo decisório sobre a matéria de facto.

Todavia, a questão que se colocava e coloca, como veremos mais à frente, era esta: mas em que termos o regime instituído consagrou um verdadeiro 2º grau de jurisdição em matéria de facto?

Uma coisa é, desde logo, certa: o legislador não consagrou a realização de novo julgamento na segunda instância nem enveredou pela possibilidade de reapreciação de todos os meios de prova anteriormente produzidos.

Com efeito, através do aditamento do artigo 690.º-A, o Decreto-Lei n.º 39/95 veio impor ao recorrente, quando impugnasse a matéria de facto, sob pena de rejeição imediata do recurso, um duplo ónus de alegação e fundamentação específicos:

Primeiro: circunscrever ou delimitar o âmbito do recurso indicando claramente os segmentos da decisão que considera viciados por erro de julgamento;

Segundo: fundamentar, em termos concludentes, as razões da sua discordância, concretizando e apreciando criticamente os meios probatórios constantes dos autos ou da gravação que, no seu entender, implicassem uma decisão diversa.¹⁹

¹⁹ Solução que era justificada da seguinte forma no preâmbulo do citado diploma legal:

*“A garantia do duplo grau de jurisdição em sede de matéria de facto nunca poderá envolver, pela própria natureza das coisas, a reapreciação sistemática e global de toda a prova produzida em audiência-
visando apenas a detecção e correcção de pontuais, concretos e seguramente excepcionais erros de julgamento, incidindo sobre pontos determinados da matéria de facto, que o recorrente sempre terá o ónus de apontar claramente e fundamentar na sua minuta de recurso.*

Não poderá, deste modo, em nenhuma circunstância, admitir-se como sendo lícito ao recorrente que este se limitasse a atacar, de forma genérica e global, a decisão de facto, pedindo, pura e simplesmente, a reapreciação de toda a prova produzida em 1ª instância, manifestando genérica discordância com o decidido.

A consagração desta nova garantia das partes do processo civil implica naturalmente a criação de um específico ónus de alegação do recorrente, no que respeita à delimitação do objecto do recurso e à respectiva fundamentação.

Este especial ónus de alegação, a cargo do recorrente, decorre, aliás, dos princípios estruturantes da cooperação e da lealdade e boa fé processuais, assegurando, em última análise, a seriedade do próprio recurso intentado e obviando a que o alargamento dos poderes cognitivos das relações (resultante da nova redacção do artigo 712.º)-e a consequente ampliação das possibilidades de impugnação das decisões proferidas em a instância-possa ser utilizado para fins puramente dilatórios, visando apenas o protelamento do trânsito em julgado de uma decisão inquestionavelmente correcta.

Preceito este que não previa a possibilidade de convite ao aperfeiçoamento e que segundo Lopes do Rego²⁰ tinha como objectivo desincentivar as possíveis manobras dilatórias.²¹

Tenha sido esse ou qualquer outro o objectivo que esteve na *mens legis*, a verdade é que, efectivamente, o preceito não contemplava esse convite como acontecia, por exemplo, em relação ao ónus de alegar e formular conclusões do artigo 690.º do Código de Processo Civil, cujo nº 4 previa essa possibilidade de forma expressa. Não vemos, portanto, como perante a redacção do preceito, se podia defender que o juiz, perante o não cumprimento especificado dos citados ónus, podia ou devia formular tal convite, já que, conforme avulta da leitura do preâmbulo, se quis impor à parte que impugna a matéria de facto este ónus especial, cominando o seu não cumprimento com a rejeição imediata do recurso neste segmento, ou seja, vinculando a parte quando pretendesse impugnar a matéria de facto à diligência especial da observância das citadas imposições legais.

Note-se que apesar da existência da gravação da audiência final, o recorrente da matéria de facto estava obrigado a motivar o respectivo recurso através da transcrição das passagens da gravação que reproduzissem os meios de prova que, no seu entendimento, determinavam decisão dissemelhante da proferida em 1.ª instância, sendo que, o não cumprimento dessa tarefa implicava, igualmente, a rejeição imediata do recurso (artigo 690.º-A, nº 2 do CPCivil).

Antes de avançarmos na delimitação dos poderes da Relação na apreciação e julgamento da matéria de facto, importa deixar expressas duas notas.

A primeira delas para acentuar que, tal como já se assinalou na nota 15, nesta altura estava estabelecido um regime de alternatividade entre a intervenção do tribunal colectivo e gravação da prova produzida em audiência final: requerida por uma das partes a gravação da audiência ficava precludida, quer em processo ordinário, quer em processo sumário a

Dai que se estabeleça, no artigo 690º-A, que o recorrente deve, sob pena de rejeição do recurso, para além de delimitar com toda a precisão os concretos pontos da decisão que pretende questionar, motivar o seu recurso através da transcrição das passagens da gravação que reproduzam os meios de prova que, no seu entendimento, impunham diversa decisão sobre a matéria de facto”.

²⁰ In Código de Processo Civil Anotado, Almedina, pág. 466.

²¹ Porém, o Supremo Tribunal de Justiça no seu Acórdão de 01/10/98 in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 480, pág. 348, considerou que se o recorrente que impugnar a decisão da matéria de facto não cumprir o ónus de especificar os concretos meios probatórios, constantes da gravação, que imporiam decisão diversa, o recurso não deve, sem mais, ser rejeitado, cabendo antes formular-se convite àquele para que supra a falta. Igual posição assumiu o Acórdão do mesmo Tribunal em 14/03/2006 in Colectânea de Jurisprudência, Tomo I, pág. 124. Diferente entendimento tem Amâncio Ferreira, Manual de Recursos em Processo Civil, 7ª ed., pág. 176, nota 355, e o Acórdão da Relação de Lisboa de 25/03/2003 in Colectânea de Jurisprudência, Tomo II, pág. 71.

intervenção do colectivo [artigos 646.º, nº 2, alínea c), e 791.º, n.ºs 2 e 4 do CPCivil, na redacção anterior à resultante da Lei nº 3/99].

Ou seja, sempre que nenhuma das partes pedisse a gravação da prova nos termos assinalados, o julgamento era feito com a intervenção do tribunal colectivo, o que significava que não tendo havido aquela gravação a Relação só podia modificar o julgamento da matéria de facto se e quando estivessem acessíveis, na 2ª instância, todos os elementos probatórios a partir dos quais o tribunal recorrido havia fundado a sua decisão ou parte dela, ou seja, a Relação só podia ponderar aquela modificação dos factos impugnados se a convicção do tribunal de 1ª instância tivesse sido alicerçada na apreciação de documentos, de depoimentos escritos (v.g. prestados por carta precatória ou rogatória), de relatórios periciais ou nas regras de experiência (prova por presunção judicial).

Fora daqueles casos a Relação estava impedida de alterar os factos objecto da decisão impugnada quando o tribunal da 1ª instância tivesse fundado a sua convicção em outros elementos produzidos oralmente ou constatados presencialmente pelo tribunal, dos quais não tivesse ficado qualquer registo ou materialização no processo.

A segunda para chamar a atenção que a reforma de 1995 veio também introduzir alterações no que tange à fundamentação da decisão da matéria de facto, cujo *iter* decisório poderá, nas circunstâncias já atrás referidas, ser sindicado em sede de recurso quando uma das partes impugne a matéria de facto.

Efectivamente, como estatuiu o artigo 653.º, nº 2 do Código de Processo Civil, o dever de fundamentação abarcava quer a decisão de julgar determinado facto como provado, quer a decisão de o julgar não provado²², pois que, como referia Lopes do Rego²³, uma vez que foi produzida e livremente valorada prova sobre os factos que o tribunal, na sua livre convicção, considerava não provados, não se antevia razão para que não devem-se apontar-se os motivos racionais e objectivos que abalavam a credibilidade dos meios probatórios produzidos, conduzindo à sua insuficiência para se dar como provada a matéria de facto a que respeitavam.

Para além disso, este normativo introduziu uma maior exigência no dever de fundamentação da decisão da matéria de facto, não se bastando, como estatuiu o Código de Processo Civil de 1961 (artigo 653.º, nº 2), com a especificação pelo juiz dos fundamentos que haviam sido decisivos para a sua convicção.

²² No CPCivil de 1961 o tribunal não tinha que fundamentar a sua decisão quanto aos factos não provados (artigo 653.º, nº 2 daquele código).

²³ In Comentários ao Código de Processo Civil, Almedina, pág. 433.

A fundamentação da decisão sobre a matéria de facto, provada e não provada, deveria fazer-se não só por indicação dos fundamentos que foram decisivos para a convicção do juiz, no que abarcava não só a especificação dos concretos meios de prova, mas também a indicação dos motivos da sua electividade no espírito do julgador, pois que só assim se realizava verdadeiramente uma análise crítica das provas, como sublinhava o nº 2 do normativo citado, aliás, era esta que, a final, dava consistência e credibilidade àquela decisão perante o respectivo destinatário, além de que, só fazendo tal análise crítica, é que a decisão poderia ser sindicável em via de recurso.²⁴

E, foi, diga-se, em rectas contas, através desta dupla alteração que a decisão da matéria de facto começou a exigir dos magistrados uma maior exigência e trabalho acrescidos, pois que, até então, não raras vezes se viam fundamentações da decisão da matéria de facto que se limitavam a dizer que a convicção advinha dos depoimentos das testemunhas x, y ou z e apenas com indicação da sua razão de ciência, ou então faziam um relato dos depoimentos das testemunhas com os pontos que mais concorreram para a formação da sua convicção, sem que, portanto, se fizesse qualquer análise crítica da prova, além de que, no âmbito do Código de Processo Civil de 1961, o juiz não tinha, como já se referiu, de fundamentar a decisão de julgar os factos não provados, sendo de salientar que a fundamentação quanto a estes se revela de uma exigência acrescida.²⁵

3.2 A delimitação dos poderes da Relação

A questão que agora se coloca é, perante uma situação de impugnação da matéria de facto em que o recorrente tenha, nas respectivas alegações recursórias, cumpridos todos os ónus impostas pela lei adjectiva e a que atrás fizemos referência, que poderes tinha a Relação no âmbito da reforma de 1995, no que concernia à reapreciação daquela matéria de facto?

²⁴ Circunstância que determinou também o preceituado no artigo 712.º, nº 5 do CPCivil, que possibilitava a remessa do processo à 1ª instância e a requerimento da parte para fundamentação da decisão proferida sobre a matéria de facto sempre que ela não se mostrava devidamente fundamentada.

²⁵ A este propósito veja-se o que se escreveu no Ac. do STJ de 02-02-1993 in CJSTJ, Tomo I, pág. 123 “face ao nº 3 do artigo 712.º do CPCivil, não há sanção quando o tribunal se limita a fundamentar com a indicação dos meios concretos de prova, muito embora se possa dizer que haverá inobservância do nº 2 do artigo 653.º. Aliás, a mesma solução foi defendida no Ac. do mesmo tribunal de 26-04-1995, BMJ 446/192 onde se refere em texto o seguinte: “a lei se basta com a menção aos meios concretos de prova que serviram de base à formação da convicção, não sendo necessário a indicação da razão de ciência, nem o esclarecimento do processo racional a que obedeceu”.

Escusado será dizer que, sobre esta problemática não havia unanimidade de pontos de vista, sobretudo a nível jurisprudencial.

E, assim, eram dois os sentidos sobre o exercício destes poderes por parte da Relação:

- a) um sentido restritivo e um;
- b) sentido conformador.

No primeiro dos apontados sentidos a possibilidade de reapreciação dos factos com base em erro de julgamento impugnados pelo recorrente estava limitada pelo princípio da livre apreciação da prova feita ao nível da primeira instância (artigo 655.º, n.º 1, do CPCivil).

Segundo certo entendimento jurisprudencial a Relação não podia controlar inteiramente todos os elementos referentes aos depoimentos testemunhais, de parte ou até os esclarecimentos verbais dos peritos, ocorridos aquando da realização do julgamento em 1ª primeira instância (v. g., percepções dos gestos, reacções e comportamentos dos depoentes, tom e colocação de voz, rubor, hesitações, excessiva firmeza, ou enfraquecimento da memória, expressões corporais etc.), ou seja, a mera gravação não permitia com exactidão o mesmo grau de percepção de todos os referidos elementos que, porventura haviam influenciado, e às vezes de forma decisiva, o juiz da primeira instância.

Ora, esta limitação na percepção daqueles vários elementos levou alguma jurisprudência da Relação e também do Supremo, a enveredar pela posição de que o controlo da 2ª instância sobre a convicção formada pela 1ª instância devia ficar circunscrita aos casos de flagrante e notória desconformidade entre os elementos de prova e a decisão.²⁶

Portanto, à Relação competia apurar da razoabilidade da convicção probatória formada na 1ª instância, diante dos os elementos que lhe eram apresentados e, por essa razão, a alteração apenas se impunha quando a decisão sobre determinados pontos de facto impugnados fosse contraditória relativamente aos elementos de prova trazidos ao processo ou já assentes por ocasião do despacho saneador; quando tais respostas não tivessem qualquer fundamento face a esses elementos de prova ou estivessem profundamente desapoiados face às

²⁶ Cf. neste sentido, entre outros, os Acórdãos do TRC de 3/6/2003, in CJ (2003), tomo III, p. 26; do TRP de 6/1/2009, proc. n.º 0820567, in www.dgsi.pt; do TRP de 1/4/2008, proc. n.º 0820528, loc. cit.; do TRP de 19/2/2008, proc. 006122/07-2; do TRP de 29/5/2006, proc. n.º 0650899, loc. cit.; do TRE de 26/10/2006, proc. n.º 91/06-2, loc. cit.; do TRC de 29/6/2006, loc. cit.; do TRE de 5/5/2005, proc. n.º 56/05-3, loc. cit.; do STJ de 14/3/2006, in CJ-STJ (2006), tomo 1, p. 130; do TRL de 27/9/2001, in CI (2001), tomo IV, p. 98; do TRL de 13/11/2001, in CJ (2001), tomo p. 84; do TRE de 3/6/2004, in CJ (2004), tomo III, p. 239; do TRP de 9/3/2000, in CJ (2000), tomo II, p. 190.

provas recolhida; ou quando alguns depoimentos forem relativamente indiferentes, inidóneos, pouco credíveis ou ineficientes para suportar a decisão a que se tenha chegado.²⁷

Esta era, no fundo, em traços largos, o sentido restritivo sobre os poderes da Relação quanto ao julgamento da matéria de facto, quando uma das partes a impugnasse no recurso que interpusesse da respectiva decisão.

Contra este sentido restritivo militava um outro entendimento em que para além de sindicar a convicção do juiz da 1ª instância naqueles casos flagrantes ou notórios de desconformidade entre os elementos probatórios que constavam do processo e a decisão da matéria de facto da proferida pela 1ª instância, a Relação devia formar também a sua própria convicção estribada, também ela, no princípio da livre apreciação da prova, e independente da convicção que gerou a decisão recorrida.

Significava, portanto, que a Relação tinha o poder-dever de valorar, de moto próprio, a prova que tivesse sido produzida ao nível da 1ª instância e, portanto, formar a sua própria convicção e que poderia muito bem ser diferente daquela que se alcançou na 1ª instância.²⁸

A liberdade de julgamento que estava ínsita no princípio da livre apreciação da prova, devia renovar-se agora na Relação, após a audição da prova gravada e da concatenação dos restantes meios probatórios constantes dos autos.²⁹

Segundo este entendimento, a reapreciação da prova na Relação dentro do estatuído no artigo 712.º, nº 1 al. a) do Código de Processo Civil tinha, portanto, de usufruir da mesma amplitude de poderes de que gozava a 1ª instância.

Estas eram, pois, as duas posições sobre a delimitação dos poderes da Relação na reapreciação da decisão da matéria de facto no recurso dela interposto.

Por nossa parte, pensamos que, efectivamente, devia prevalecer o sentido conformador e que, portanto, sempre que possível a Relação devia extrair a sua própria convicção, julgando a matéria de facto em conformidade com essa sua própria convicção.

²⁷ Cf. neste sentido, entre outros, Ac. do STJ de 21/01/ 2003, in /www.dgsi.pt; Ac. do TRC de 25/11/2003, também em www.dgsi. pt..

²⁸ Cf. neste sentido Abrantes Geraldès, in Recursos em Processo Civil, Novo Regime, Almedina, 2010, pág. 316 e segs. e Ac. do STJ de 28/05/2009 in www.dgsi.pt.

²⁹ O Ac. do STJ de 08/07/2003 in CJSTJ, tomo II, pág. 151 dizia a este respeito, que a reapreciação impunha que se considerasse o conteúdo dos depoimentos gravados, valorando-os de harmonia com o princípio da livre convicção, de maneira que, se a Relação alterasse a decisão de facto, ela teria subjacente uma nova e diferente convicção formada pelo tribunal *ad quem*.

Efectivamente, não fazia qualquer sentido que tendo o legislador previsto a possibilidade de a Relação alterar a decisão da matéria de facto, este tribunal ficasse manietado em termos de poder sindicar apenas a convicção vertida pela 1ª instância na decisão dessa matéria.

Importa, porém, acentuar que a reapreciação da matéria de facto no âmbito dos poderes que eram conferidos pelo artigo 712.º do Código de Processo Civil, *não podia nem devia confundir-se com um novo julgamento*.

Com efeito, perante o recurso da decisão de matéria de facto em que o recorrente tivesse observados todos os ónus que eram impostos pelo artigo 685.º-B do Código de Processo Civil, se a Relação procedendo à reapreciação dos meios de prova de que o tribunal *a quo* tinha feito uso, conseguisse formar a sua própria convicção, relativamente aos concretos pontos impugnados, concluindo que houve erro de julgamento, devia alterar a aquela decisão, ou seja, aquela reapreciação ficava limitada aos concretos pontos de facto impugnados e aos meios de prova indicados pelo recorrente, sem embargo de a Relação, mesmo oficiosamente, atender a quaisquer outros elementos probatórios que haviam servido de fundamento à decisão sobre aqueles concretos pontos da matéria de facto impugnados (artigo 712.º, n.º 2 do CPCivil), numa palavra, não podia, pois, pretender-se um novo julgamento total da prova produzida, sendo que, a letra da lei não conformava essa ideia, nem a intenção do legislador tinha sido essa, como decorria do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 39/95 já transcrito na nota 16.

É claro que esta posição conformadora podia, não raras vezes, esbarrar com o *princípio da imediação* e que, em muitos casos, este se revelava mesmo intransponível.

Efectivamente, a gravação dos depoimentos por registo áudio ou por meio que permita a gravação da imagem (vídeo) não consegue captar e transmitir tudo quanto foi observado no tribunal de 1ª instância (v.g. mímica da testemunha ou da parte, reacções da assistência, o tom de voz, o titubear, o rubor da face, a frieza do depoimento, enfraquecimento da memória etc).³⁰

É fora de dúvida de que, a interiorização e a valorização dos depoimentos no sentido da formação de uma convicção sobre a veracidade ou falsidade das afirmações sobre os factos submetidos a julgamento, são, na maioria dos casos, do julgador que os presenciou.

Também ninguém pode questionar que, a actuação do princípio da imediação em matéria de produção de prova na audiência final, explica a existência de um subjectivismo decisório pelo julgador da primeira instância que assiste e dirige a produção de prova, onde concorrem, com certeza, sinais e impressões insusceptíveis de serem directamente

³⁰ Cfr. neste sentido Remédio Marques, Acção Declarativa, 2ª ed. 2009, pág. 587/588.

documentados na gravação da prova, ou seja, são elementos apenas ostensivos aos olhos e à mente do julgador que os presenciou.

Todavia, pensamos, que estes sinais deviam, tanto quanto possível, ser convertidos pelo julgador em proposições linguísticas vazadas na fundamentação do julgamento da matéria de facto, sendo certo que muitas vezes essas proposições já encerram uma pré-avaliação da observação feita pelo julgador condicionando a tarefa de avaliação a que a Relação se proponha.³¹

Parece-nos evidente que, na fundamentação da decisão da matéria de facto, o julgador deve indicar as razões de ciência, os juízos de credibilidade, (im)parcialidade ou de inveracidade dos depoimentos das testemunhas³² e de outras circunstâncias que tenham sido relevantes ou decisivas para a formação da sua convicção sobre os pontos factuais controvertidos.

Também nos parece que muitas vezes é, de facto, possível, na fundamentação, o julgador explicitar através das referidas proposições linguísticas alguns sinais que percebeu durante a produção de prova, nomeadamente todos aqueles que sejam objectiváveis na expressão corporal da testemunha ou mesmo até no seu tom de voz.

Acontece que, em nosso entender, podem existir determinados elementos que se revelam impossíveis de materializar recorrendo à escrita, sobretudo aqueles em que a testemunha não lhe deu expressão corporal e que são de tal forma subtis que, por vezes, podem ser intraduzíveis, mas que o julgador experiente sabe ler e que vão formar uma convicção, cujos motivos lhe será algumas vezes difícil, senão mesmo impossível, de explicar em linguagem escrita, todavia, ainda assim, deve fazer um esforço para que tal aconteça.

Portanto, pese embora o esforço que muitas vezes o julgador da 1ª instância fizesse para racionalizar o mais possível o processo decisório ao nível da fundamentação da decisão da matéria de facto, nem sempre isso se tornava possível como seria desejável.

Evidentemente que estes obstáculos levantados pelo princípio da imediação traziam muitas vezes consigo o risco de, indo contra a apreciação em primeira instância, a segunda instância acabar por valorar da mesma forma depoimentos substancialmente diferentes, dando relevância a meios de prova a que, se com eles tivesse tido contacto directo, não daria

³¹ Cfr. Remédio Marques Cadernos de Direito Privado, I, 2010, pág. 88.

³² É preciso notar que frequentemente, na fundamentação da decisão da matéria de facto, se vê, por exemplo, afirmado que os depoimentos das testemunhas x, y ou z, foram credíveis e imparciais, mas sem que depois se justifique a razão dessa credibilidade. Ora, essa afirmação, sem qualquer outro elemento coadjuvante que lhe dê consistência, não tem qualquer utilidade para a posterior sindicância da decisão no recurso dela interposto.

credibilidade e desvalorizando outros que se lhe aparentam ser credíveis mas que o julgador da primeira instância entendeu afastar.

Acontece que, estas dificuldades postas pelo princípio da imediação não podiam servir sempre de pretexto para a Relação não introduzir alterações na decisão da matéria de facto, ou seja, estas dificuldades não podiam, com recurso a construções meramente teóricas, esvaziar de conteúdo aquilo que o legislador havia instituído, tendo em vista a introdução de um segundo grau de jurisdição na apreciação e decisão da matéria factual e que, durante largos anos, foi cavalo de batalha dos vários quadrantes do mundo do direito e de todos os operadores judiciários.³³

Havia, portanto, dentro destes condicionalismos, que encontrar o ponto de equilíbrio necessário para que a Relação pudesse exercer a sindicância da decisão da matéria de facto e, dessa forma, se materializasse o exercício efectivo daquele segundo grau de jurisdição.

E, tal ponto de equilíbrio, haveria de ser encontrado, na ponderação de todas as circunstâncias que atrás se deixaram assinaladas no momento em que a Relação procedesse à reapreciação da matéria de facto, de molde a que a sua alteração, fazendo *actuar o princípio da livre apreciação da prova*, se operasse quando, concatenados todos os meios de prova existentes nos autos sobre os pontos concretos da matéria de facto objecto de impugnação, se concluísse, sem postergar o princípio da imediação/oralidade, que a matéria de facto havia sido incorrectamente julgada.

Evidentemente que neste incorrecto julgamento da matéria de facto, desencadeador da intervenção correctiva da Relação-após efectiva audição dos respectivos depoimentos-, também tinham assento as desconformidades patentes entre a prova produzida em audiência e os fundamentos indicados pelo julgador da 1ª instância e nos quais havia baseado a sua decisão, permitindo-se à Relação, na valoração em conjunto com os demais elementos probatórios e nos termos das als. a) e b) do nº 1 do art. 712º do CPC, concluir em sentido diverso e alterar a decisão sobre os concretos pontos de facto impugnados especificadamente pelo recorrente.

Todavia, quando a Relação, após examinar as provas constantes dos autos sobre os concretos ponto de facto impugnados, chegasse à conclusão de que o julgador da primeira instância, na sua fundamentação da decisão da matéria de facto, havia valorado determinado depoimento em detrimento de outro, pondo o ênfase, sobretudo, em determinados sinais corporais que objectivou nas mencionadas preposições linguísticas ou noutros intraduzíveis, devia dar prevalência à decisão proferida pela 1ª instância, dessa forma fazendo jus aos

³³ Cf. em sentido idêntico Abrantes Geraldês, obra citada, pág. 318.

princípios da imediação, da oralidade e da livre apreciação da prova, com a consequente improcedência do recurso nesta parte.

Por conseguinte, a Relação na sua prudência adequada, deveria nos casos supra referidos, optar pela não alteração do julgamento da matéria de facto, isto é, se se apercebesse que, a final, o tribunal da primeira instância estava em melhores condições para apreciar e valor um ou mais elementos de prova e que haviam sido decisivos para a formação da sua convicção vertida na respectiva decisão.

Resulta, assim, que nessa reapreciação da prova feita pela 2ª instância, não se procurava obter uma nova convicção a todo o custo.³⁴

3.3 O segundo grau de jurisdição propriamente dito

É claro que a solução que acima se deixou expressa tinha ainda de ser confrontada com o estatuído no artigo 712.º, nº 3 do Código de Processo Civil, norma que encerrava, quanto a nós, aquilo que é verdadeiramente o segundo grau de jurisdição em matéria de facto.³⁵

O normativo citado determinava num quadro de *apelação reexame*, a renovação dos meios produzidos em primeira instância que fossem absolutamente indispensáveis ao apuramento da verdade.

Ora, nos casos limite em que, efectivamente, não fosse possível transpor os obstáculos levantados pelo princípio da imediação/oralidade, mas em que a Relação, depois de ouvida a gravação dos depoimentos ficasse com dúvidas sérias sobre os depoimentos prestados no confronto com a fundamentação do julgador da primeira instância podia, então, determinar a renovação dos meios de prova.

Esta renovação não se limitava apenas à prova testemunhal, pois que o normativo, não fazia qualquer distinção, ao contrário do que acontece hoje com a norma equivalente do actual Código de Processo Civil, a que noutro passo nos havemos de referir, e, portanto, a referida renovação incluía também a prova pericial ou a inspecção judicial.

³⁴ Veja-se a este propósito a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça a que fazem referência os Acórdãos de 08/07/2003, CJSTJ, tomo II, pág. 15, de 19/10/2004, CJSTJ, tomo III, pág. 72, de 20/09/2007, CJSTJ, tomo III, pág. 58 e de 28/05/2009 in www.dgsi.pt.

³⁵ O que era, aliás, posto em destaque no respectivo diploma preambular que procedeu a esta alteração, onde se afirma “*trata-se de uma medida no sentido de transformar as Relações numa verdadeira 2ª instância de reapreciação de decisão da matéria de facto visando permitir o esclarecimento cabal das dúvidas surgidas quanto aos pontos da matéria de facto impugnados*”.

Acontece que esta possibilidade raramente foi utilizada, o que nos leva a interrogar da razão deste alheamento.

Importa, desde logo, salientar que este desencadeamento da renovação dos meios de prova era oficioso e, portanto, não se podia atribuir à falta de iniciativa das partes a sua quase nula utilização, isto sem embargo, como é evidente, de nas alegações recursórias, no segmento respectivo, a parte poder sugerir tal renovação, nomeadamente nos casos em que o depoimento ou qualquer outros dos meios prova (pericial ou inspecção judicial) tivesse sido produzido em circunstâncias, de alguma forma, particulares e geradoras de ruído quando à valorização do meio de prova.

Também não nos parece que o argumento expedindo por Abrantes Geraldês³⁶ de que tal renovação podia retirar alguma espontaneidade que tivesse existido aquando da sua prestação em 1ª instância, possa ser usado para justificar a excepcionalidade do uso de tal mecanismo.

Não obstante pudesse, de facto, haver esse risco, temos de ter presente que a renovação dos meios de prova tinha lugar perante a Relação, ou seja, perante juízes Desembargadores em que a experiência, que não podia ser desconsiderada, sempre haveria de sobrepor-se a algum subterfúgio que pudesse ser utilizado pela (s) testemunha (s),³⁷ além de que, nos casos de prova pericial ou inspecção judicial esse problema não se colocava.

Mais impressionante nos parecia o argumento, também alinhado por aquele mesmo autor, sobre os condicionalismos em que o trabalho da Relação se exerce.

Efectivamente, a utilização, com a frequência desejada, da renovação dos meios de prova, impunha um alargamento substancial dos quadros da Relação, os quais, diga-se, teriam de ser muito superiores aos actualmente existentes e também aos que a nova reforma judiciária implementou.

É preciso não olvidar que aquela renovação tinha de ser feita perante o colectivo dos juízes Desembargadores, pois que, nada dizendo a lei a esse respeito, não faria sentido que assim não fosse porquanto nesta instância as decisões *são colegiais*, excepto aquelas que nos termos da lei processual incumbiam ao Desembargador relator.

Ora, como nos parece evidente, a renovação dos meios de prova obrigava os Sr. juízes Desembargadores a intervirem não só nos seus processos, mas também nos dos respectivos adjuntos, ou seja, atendendo ao volume processual que existe ao nível da Relação, isso exigia

³⁶ Obra citada pág. 329.

³⁷ Aliás, muitas vezes e quando houvesse contradições nos próprios depoimentos, bastaria confrontar a testemunha com elas, não lhe dando, assim, oportunidade de ensaiar uma nova versão dos factos.

que muito do tempo disponível para relator os acórdãos fosse consumido na realização dos julgamentos, porque, a final, era mesmo disso que se tratava.

É claro que tal problema, podia ser resolvido com a alteração da lei, estatuiu-se que nestes casos o julgamento se realizasse apenas perante o Desembargador relator.

Para além disso, existiam ainda os problemas de logística que não podiam ser desconsiderados, sobretudo a falta de salas de audiência e de gabinetes, pois que, nesses casos, a presença dos Sr^{os} juízes Desembargadores no tribunal da Relação tinha de passar a ser a norma, necessitando, por isso, de um espaço próprio e condigno para aí poder desenvolver o seu trabalho.

Terão sido estes e quiçá outros, de índole diversa, que poderão ter estado na reduzida utilização da apelação-reexame.

Era, pois, este o arquétipo que a partir da reforma de 1995, se encontrava processualmente instituído referente ao 2º grau de jurisdição em matéria de facto.

E se muitas críticas podiam de facto, não se nega, ser feitas ao modo como a Relação fez uso dos poderes que lhe havia sido conferidos pelo legislador para o desempenho daquela sua função, também os restantes operadores judiciais, e sobretudo aqueles que mais directamente lidam com a necessidade da reapreciação da matéria de facto, ou seja, os Ex.^{os} Srs. Advogados, representado as partes, não estão isentos de críticas.

Se é certo que ao Tribunal foi atribuído o dever de fundamentação e de motivação crítica, facilmente se compreende que, em contraponto, o legislador tivesse imposto à parte que pretendia impugnar a decisão de facto o respectivo ónus de impugnação, obrigando-o a expor os argumentos que, extraídos de uma apreciação crítica dos meios de prova, determinavam, em seu entender, um resultado diverso do proferido pelo Tribunal *a quo*, no fundo, obrigando-o a cumprir, de forma rigorosa, o ónus de impugnação estatuído no artigo 685.º-B.³⁸

Era no deficiente cumprimento e exercício desse ónus de impugnação, por falta ou deficiente observância dos termos em que a lei o estabelecia ou por falta de fundamento de erro na apreciação das provas gravadas, que se verificavam as maiores distorções no uso (frequentemente convertido em verdadeiro abuso) da impugnação da decisão da matéria de facto, redundando, em inúmeras situações, na rejeição ou na improcedência dos recursos.

³⁸ Ónus sustentado ainda nos princípios estruturantes da cooperação, lealdade e boa fé processuais, e que visava garantir, em última análise, a seriedade do próprio recurso intentado e o protelamento do trânsito em julgado de uma decisão que porventura fosse inquestionavelmente correcta (cfr. diploma preambular já outras vezes citado).

Na verdade, não cumpriam as referidas exigências legais de especificação a mera indicação, sem mais, de um determinado meio de prova (salvo situações excepcionais em que o mesmo não deixava dúvidas quanto ao desacerto da decisão proferida pela 1ª instância), e também se revelava insuficiente no que respeita à prova testemunhal, o extracto de uma simples declaração da testemunha, sem correspondência com o sentido global do depoimento produzido de tal modo que não permita consolidar uma determinada convicção acerca de matéria controvertida.

Ao invés, tal como se impunha que o Tribunal fizesse a sua análise crítica das provas (de todas as provas que se tenham revelado decisivas), nos termos do artigo 653.º, nº 2, também o recorrente, ao enunciar os concretos meios de prova que deviam conduzir a uma decisão diversa, devia fundar tal pretensão numa análise (crítica) dos meios de prova, não bastando reproduzir um ou outro segmento descontextualizado dos depoimentos.³⁹

Destarte, reclamava-se, pois, da parte do recorrente a explicitação da sua discordância fundada nos concretos meios probatórios ou pontos de facto que considerava incorrectamente julgados, ónus que não se compadecia com a mera alusão a depoimentos parcelares e sincopados, sem indicação concreta das insuficiências, discrepâncias ou deficiências de apreciação da prova produzida, em confronto com o resultado que pelo Tribunal foi declarado.

Exigia-se o confronto desses elementos com os restantes que serviram de suporte para a formulação da convicção do Tribunal (e que ficaram expressos na decisão), com recurso, se necessário, às restantes provas, v.g., documentais, relatórios periciais, etc., apontando as eventuais disparidades e contradições que infirmassem a decisão impugnada.

Por outro lado, não raras vezes, se desferiam ataques, nalguns casos a roçar o insulto, quando o tribunal da Relação, fazendo uso daqueles poderes, procedia a alteração da decisão da matéria de facto, invocando, em última análise, agora seu proveito, o princípio da imediação/oralidade.

4. A reforma de 2013

³⁹ Como é sabido, a prova de um facto não resulta, regra geral, de um só depoimento ou parte dele, mas da conjugação de todos os meios de prova carreados para os autos. E ainda que não existam obstáculos formais a que um determinado facto seja julgado provado pelo Tribunal mediante o recurso a um único depoimento a que seja atribuída suficiente credibilidade, não deve perder-se de vista a falibilidade da prova testemunhal quotidianamente comprovada pela existência de depoimentos testemunhais imprecisos, contraditórios ou, mais grave ainda, afectados por falsidade.

4.1-Considerações Gerais

A Lei 41/2013 de 26/06 aprovou um novo Código de Processo Civil cuja entrada em vigor se verificou em 1 de Setembro de 2013.

A pergunta que colocamos é esta: o que mudou com este novo Código de Processo Civil a nível do 2º grau de jurisdição em matéria de facto?

Diga-se, antes de mais, que a alteração do sistema e do regime dos recursos não figurou entre os objectivos gerais da reforma do Código de Processo Civil.⁴⁰

Apesar disso, na Exposição de Motivos, apontou-se como uma das “medidas essenciais” da reforma “conferir maior eficácia à segunda instância para o exame da matéria de facto”.⁴¹

Não estando, na mente do legislador qualquer alteração profunda no âmbito desta matéria, vejamos, então, quais as modificações mais significativas que foram introduzidas.

Fora do âmbito específico da matéria objecto do tema em análise, mas que com ele tem implicações directas, constata-se, desde logo, que se eliminou a intervenção do tribunal colectivo (artigo 599.º), quanto a nós erradamente, como sublinharemos noutro lugar, e consagrou-se a regra de que a audiência final (artigo 155.º, nº 1) é sempre gravada (pelo menos, em sistema sonoro), devendo apenas ser assinalados na acta o início e o termo de cada depoimento, informação, esclarecimento, requerimento e respectiva resposta, despacho, decisão e alegações orais, solução que não exclui a possibilidade de o juiz determinar que a secretaria proceda, finda a audiência, à transcrição de requerimentos e respectivas respostas, despachos e decisões (artigo 155.º, nº 5).

No âmbito da fundamentação da decisão da matéria de facto o artigo 607.º, nº 4 manteve o mesmo regime dos artigos 653.º, nº 3, e 659.º, nº 3, do anterior Código.

No que tange aos recursos a nova lei conservou as características essenciais do sistema de recursos português, aliás, mantidas na Reforma de 2007 (salvo quando ao monismo, claro).

⁴⁰ Isso mesmo se diz expressamente na Exposição de Motivos da Proposta de Lei apresentada na Assembleia da República, recordando justamente a reforma de 2007 (só aplicada a acções posteriores a 1.1.2008).

⁴¹ Na Exposição de Motivos afirma-se que se cuidou, no domínio do recurso de apelação, “(...) de reforçar os poderes da 2.ª instância em sede de reapreciação da matéria de facto impugnada. Para além de manter os poderes cassatórios—que lhe permite anular a decisão recorrida, se esta não se encontrar devidamente fundamentada ou se mostrar que é insuficiente, obscura ou contraditória—, são substancialmente incrementados os poderes e deveres que lhes são conferidos quando procede à reapreciação da matéria de facto, com vista a permitir-lhe alcançar a verdade material”

Assim, continuamos num sistema de revisão (da decisão de que se recorre) e não de reexame (do litígio sobre que recaiu a decisão) embora, como veremos de seguida, existam algumas alterações quanto se prefigure esta possibilidade, e num sistema de substituição e não de cassação (mantendo os casos de “cassação mitigada”, ou não, que se conhecem), embora restrinja a substituição, na revista, quando a Relação deixou de conhecer de questões, por exemplo, por estarem prejudicadas (artigos 679.º e 665.º).

Na parte referente aos ónus a cargo do recorrente que impugne a decisão da matéria de facto (artigo 640.º) manteve-se, no essencial, o regime que vinha da reforma do 1995, acrescentando-se, porém, ao nº 1 a alínea c) impondo ao recorrente que expresse, sob pena de rejeição do recurso, o sentido da decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

4.2-A delimitação dos poderes da Relação

Mas, onde, efectivamente, se verificaram as alterações mais significativas foi na modificabilidade da decisão de facto de que trata o artigo 662.º e que corresponde ao antigo artigo 712.º do anterior Código.⁴²

O n.º 1 do art. 662.º passa a estabelecer a imposição de que a Relação “**deve**” alterar a decisão sobre a matéria de facto, se os factos tidos por assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa, ou seja, pôs-se de lado, a anterior formulação do “**pode**” constante do artigo 712.º, nº 1, de modo a eliminar quaisquer dúvidas sobre o carácter vinculado da decisão de modificar as respostas do tribunal de 1.ª instância à matéria de facto.

Por outro lado o nº 2 do mesmo inciso, impõe o dever à Relação de, mesmo oficiosamente, ordenar a renovação da prova “quando houver dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento” (alínea a); ou então “para ordenar (...) a produção de novos meios de prova”(alínea b), em caso de dúvida fundada

⁴² Aliás, este artigo é um dos poucos da Proposta de Lei que foi alterado pela Assembleia da República, pois que, através de proposta conjunta de Deputados do PSD e do CDS foi alterada a redacção da Proposta de Lei, em matéria de recursos, relativamente aos arts. 629.º, n.º 2, alínea d), parte final, 630.º (aditamento de um n.º 2 para suprir a eliminação por lapso de normas a estabelecer a irreCORRIBILIDADE de decisões tomadas no exercício do dever de gestão processual, no âmbito da agilização processual, e do dever de adequação formal, normas que não foram transpostas do articulado da Comissão) e 662.º e foi rejeitada uma proposta de alteração de Deputados do Bloco de Esquerda no sentido de qualificação do recurso de uniformização de jurisprudência como recurso ordinário.

sobre a prova realizada e, em última análise, a Relação pode anular a decisão recorrida, exercendo poderes cassatórios, “*quando, não constando do processo todos os elementos que, nos termos do número anterior, permitam a alteração da decisão proferida sobre a matéria, repare deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre os pontos determinados da matéria de facto, ou quando considere indispensável a ampliação desta*” (alínea c).

A Assembleia da República aditou uma nova alínea d) do seguinte teor: “*Determinar que, não estando devidamente fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, o tribunal da 1.ª instância a fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados*”.

Quando seja ordenada a renovação da prova ou a produção de nova prova, a Relação procede ela mesma, directamente, à renovação/produção de prova, observando, “*com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na 1.ª instância*” [art. 662.º, n.º 3, al. a)].

No caso de anulação da decisão e se for inviável obter a sua fundamentação pelo mesmo juiz, “*procede-se à repetição da prova na parte que esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições*.” [art. 662.º, n.º 3, al. b)].⁴³

Isto dito sobre as principais alterações no âmbito do tema que no ocupa, analisemos, agora, de forma mais pormenorizada, as mencionadas alterações.

No que tange à renovação dos meios de prova, dúvidas não existem que o anterior sistema era mais restritivo, pois que, o artigo 712.º n.º 3 apenas o previa para os casos de se revelar “*absolutamente indispensável ao apuramento da verdade*”, enquanto que para a nova lei é suficiente a “*existência de dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento*”.

Ainda assim, sempre convém enfatizar que não pode ser qualquer dúvida, terá de ser **dúvida séria** devidamente fundamentada, ou seja, no despacho em que se ordene a renovação da produção de prova deverão ser explicitados os fundamentos em razão dos quais se recorre a esse desiderato.

Todavia, esta renovação ficou agora confinada à prova testemunhal (art. 495.º e segs.), ao depoimento de parte (art. 452.º e segs.) e às declarações de parte (art. 466.º), ou seja, não são abrangidos pela *facti species* da norma os casos de renovação de uma perícia (art. 467.º e segs.) ou de reconstituição de um facto (art. 490.º, n.º 1, segunda hipótese).

⁴³ A Assembleia da República aditou as alíneas c) e d) a este preceito.

Restrição que, a nosso ver, não tem qualquer explicação plausível⁴⁴, já que, a prova pericial se revela, muitas das vezes, decisiva na resolução de questões que exigem conhecimentos específicos e que na maioria dos casos os magistrados não possuem nem dominam, e a inspecção judicial em muitas situações, sobretudo no âmbito dos direitos reais, acidentes de viação, incumprimento dos contratos quer de compra e venda e de empreitada ou mesmo na reconstituição do facto, reveste-se de crucial importância na resolução dos litígios.

E, esta renovação da produção de prova abrange duas situações, a saber:

- a) dúvidas sobre a credibilidade do depoente e;
- b) dúvidas sobre o sentido do seu depoimento.

Mas quando é que existem dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento?

No que tange às dúvidas sobre a *credibilidade do depoimento* parece-nos que elas deverão estar relacionadas com os *fundamentos da contradita*, embora não necessariamente, a que se refere o artigo 521.º do Código de Processo Civil, ou seja, quando está em causa qualquer circunstância capaz de abalar a credibilidade do depoimento quer por afectar a razão de ciência invocada pela testemunha quer por diminuir a fé que ela possa merecer.⁴⁵

É claro que, mesmo tendo sido deduzido o incidente da contradita o julgador pode, ainda assim, valorar o depoimento da testemunha em causa, face à regra do sistema de prova livre

⁴⁴ A não ser que o legislador tenha posto apenas o enfoque na prova testemunhal, primeiro por ser nela que se estriba a quase totalidade da impugnação da matéria de facto e, segundo, por ser aquela que se apresenta com maior grau de falibilidade, sendo que a prova pericial, na maioria dos casos funcionando em moldes colegiais (artigo 468.º), dá maiores garantias e, por regra, não será objecto de divergências, além de que, as partes, verificadas aquelas divergências, sempre poderão requerer uma segunda perícia (artigos 487.º/488.º) e, em relação à prova por inspecção, por dela ser lavrado auto em que se registam todos os elementos úteis para o exame e decisão da causa, podendo o juiz mandar tirar fotografias para serem juntas ao processos e de se puder fazer acompanhar de técnico que tenha competência para o elucidar sobre a averiguação e interpretação dos factos que se propõe observar (artigos 492.º/493.º).

⁴⁵ Vejam-se a este propósito os exemplos dados por Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, Vol. IV, pág. 458, de que se cita apenas este “a testemunha dá como razão de ciência ter visto ou presenciado os factos; neste caso a parte contraditá-la, alegando que não podia ver por que é cega, ou porque, no momento da ocorrência, se encontrava em lugar que não podia presenciar os factos”. No que tange à fé da testemunha ela há-de advir das mais variadas circunstâncias, pois que, vigorando entre nós o sistema da prova livre (artigo 396.º do CCivil e 607.º, n.º 5 do CPCivil) o legislador não podia definir, por não estarmos perante prova vinculada, os factores de diminuição da fé da testemunha, ao contrário, aliás, do que acontecia no vigência do CCivil de 1867 em que nos termos do seu artigo 2514.º, aquela fé era aferida pelo seu estado, vida e costumes, o interesse no pleito, o seu parentesco ou relações com as partes, factores que, não obstante, ainda hoje alguns deles podem ser levados em consideração, além de outros, como é evidente.

(artigo 396.º do CCivil e 607.º, n.º 5 do CPCivil)⁴⁶, sendo então, nessa altura, que o problema da credibilidade do depoimento se porá com mais acuidade, embora também, como não podia deixar de ser, se possa colocar mesmo não tendo sido deduzido aquele incidente.

No que concerne às *dúvidas sobre o sentido do depoimento* nelas caberão os casos em que a Relação, após ter ouvido o respectivo depoimento, não apreenda verdadeiramente qual o seu sentido tendo por referência aos factos sobre os quais a testemunha respondeu.

Ora, esta não apreensão pode ser gerada por várias circunstâncias.

Pode acontecer, por exemplo, que o depoimento da testemunha, ouvida sobre determinados factos, seja de tal forma confuso que não se consiga respigar, a final, se os corroborou ou não, ou mesmo se essa corroboração foi parcial ou total.

A dúvida sobre o sentido do depoimento pode ainda, por exemplo, resultar da circunstância de o depoente ter apresentado versões contraditórias sobre os factos, quer quando foi interrogado pelo mandatário da parte que o indicou, ou quando respondeu às instâncias e, mesmo quando respondeu às questões formuladas pelo juiz, sem que tenha sido confrontado com a contradição intrínseca deste seu depoimento.⁴⁷

Evidentemente que nesta tarefa o tribunal terá muitas vezes, ou quase sempre, a ajuda da própria parte no recurso que interponha da decisão da matéria de facto.

Com efeito, como decorre da alínea b) do n.º 1 do artigo 640.º sobre ela impende o ónus de especificar os concretos meios probatórios constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada que imponham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnada diversa da recorrida, ou seja, atacando a fundamentação da decisão proferida pelo tribunal recorrido, deve dizer que o depoimento das testemunhas x, y ou z valoradas por aquele tribunal, não se mostram credíveis por este ou por aquele motivo, ou que o seu depoimento não tem o sentido que foi apreendido pelo juiz *a quo*.⁴⁸

⁴⁶ A contradita não é um ataque ao depoimento em si, ao seu conteúdo, mas um ataque à pessoa da testemunha e às suas qualidades, razão pela qual não pode ser fundamento daquele incidente a afirmação de que o depoimento é falso no todo ou em parte, ou que está em desarmonia com os de outras testemunhas.

⁴⁷ Importa dizer que nem sempre é forçoso que a falta deste confronto final represente uma falha na condução da produção de prova pelo juiz.

⁴⁸ É claro que pode acontecer que, no recurso sobre a impugnação da matéria de facto, a parte não levante aquelas dúvidas, discordando da decisão da matéria de facto por outros motivos que não os relacionados com a credibilidade das testemunhas ou o sentido do seu depoimento. Todavia, se a Relação entender, ouvidos os respectivos depoimentos, que existem essas dúvidas deverá proceder à renovação dos citados meios de prova, verificados que sejam os demais condicionalismos.

Ora, perante esta alegação e ouvidos pelos Srs. juízes Desembargadores os depoimentos em causa terá, então, de se aferir se existem, ou não, as dúvidas levantadas pelo recorrente quanto aos depoimentos em causa.

Repare-se, contudo, e importa sublinhá-lo, que a Relação só deve ordenar a renovação da produção de prova quando o tribunal recorrido tenha sustentado a decisão de facto no depoimento que o tribunal *ad quem* reputa de pouco credível. E, mesmo aqui, só o deverá fazer quando a reinquirição puder ser útil para afastar definitivamente as dúvidas sérias referidas no preceito em causa.

Mas, para além da renovação dos meios de prova nos termos sobreditos, a Relação pode ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova [al. b) do nº 2 do artigo 662.º].

A primeira interrogação que este preceito pode suscitar é: que provas podem ser produzidas?

Parece-nos, salvo melhor entendimento, todas as que o tribunal oficiosamente possa determinar e, nesse limite, de acordo, aliás, com o princípio do inquisitório a que se refere o artigo 411.º do Código de Processo Civil, ou seja, prestações de informações pelos serviços administrativos (artigo 418.º), requisição de informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade (artigo 436.º), determinar a comparência pessoal de qualquer das partes para a prestação do depoimento (artigo 452.º) ordenar a realização por mais de um perito [artigo 468.º, nº 1 al. a)] ou uma segunda perícia (artigo 487.º, nº 2,) inspeccionar coisas ou pessoas (artigo 490.º), inquirir testemunhas no local da questão (artigo 501.º), mandar notificar para depor uma pessoa que não foi oferecida como testemunha (artigo 526.º) mandar notificar os peritos para prestar esclarecimentos [artigo 604.º, nº 3 al. c)] e ainda ouvir as pessoas que entender (artigo 607.º, nº 1 2ª parte).

E quando é que o tribunal deve ordenar essa produção de prova?

O normativo em questão refere em caso de dúvida fundada sobre a prova produzida.

Recorrendo a um exemplo concreto, talvez, se possa melhor densificar o conceito adoptado pelo legislador.

Na primeira instância foi, por exemplo requerida por uma ou até por ambas as partes, a produção de prova pericial para melhor dilucidação de determinado facto, ou melhor dito, recorrendo à nova terminologia, de um tema de prova.

Feita essa perícia, pode acontecer, que o tribunal alicerce a sua convicção no relatório pericial.

Todavia, a parte, mesmo não tendo apresentado reclamação ao relatório ou não tendo solicitado a realização da 2ª perícia, no recurso sobre a impugnação da matéria de facto, discorda da fundamentação dos factos referentes a esse tema de prova com base no referido relatório pericial.

Ora, perante esta impugnação a Relação pode chegar à conclusão que, analisado o relatório pericial, se lhe suscitam dúvidas fundadas sobre a bondade das conclusões nele vertidas ou até das respostas nele contidas sobre os quesitos formulados pelas partes.

Bom, perante isso, poderá a Relação convocar os peritos para prestar os esclarecimentos que entenda formular ou então mandar realizar uma 2ª perícia.

Para além disso pode, por exemplo, perante determinado depoimento, a Relação entender que para o corroborar, infirmar ou sanar as dúvidas, é necessário que se junte um determinado documento, como pode entender que se realize uma perícia, ou seja, na prática judiciária podem surgir variadíssimas situações em que, de facto, seja necessário proceder, pois, à produção de nova prova.

Portanto, em nosso entender, o princípio norteador neste segmento deve ser este: sempre que a Relação entenda que a produção de um novo meio de prova pode permitir ultrapassar a dúvida sobre a prova produzida, a ele deve recorrer, acentuando-se, por esta forma o poder inquisitório do juiz, permitindo-se-lhe completar, de algum modo, o esforço probatório da parte onerada.

4.3 A renovação dos meios de prova e produção de nova perante a Relação

Concluindo-se, pela existência das citadas dúvidas sérias, e portanto, pela necessidade da renovação dos meios de prova, ou mesmo pela produção de nova prova, diz o nº 3 al. a) do artigo 662.º que se observam, com as necessárias adaptações, o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na 1ª instância, ou seja, a Relação, passa a ser, em relação aos meios de prova prestados, um verdadeiro tribunal de instância em matéria de facto.

Quando se trate da renovação dos meios de prova e confinada como está à prova testemunhal, os depoentes devem, em nosso entender, comparecer perante o tribunal da Relação, ou seja, a prestação dos novos depoimentos deve ser feita presencialmente perante aquele tribunal e nunca por videoconferência, aliás, dada a dimensão do nosso país, pensamos que esse sistema nunca deveria ter sido adoptado, já que, salvo outro e melhor entendimento

que se respeita, se perde grande parte da imediação/oralidade e da solenidade que o julgamento deve ter e que, diga-se, não é de somenos.⁴⁹

Aliás, não faria sentido que assim não fosse, tendo em conta a importância de que se reveste aquele princípio.⁵⁰

Também pensamos que esses novos depoimentos devem ser gravados, pois que, pese embora seja esta a última instância de recurso, o facto é que, por força da remissão feita pela alínea a) do n.º 3 do artigo 662.º já citado, deve também ter aqui aplicação o n.º 1 do artigo 155.º, além de que, sempre, poderá servir do apoio necessário para esclarecimento de dúvidas que possam vir a levantar-se aquando da deliberação sobre a decisão da matéria de facto.

Da mesma forma que a renovação dos meios de prova bem como a produção de novas provas deve ser feita perante o colectivo dos juízes da Relação, pois que, como noutro passo já se referiu, as decisões deste tribunal são sempre *colegiais* excepto aquelas que a lei processual civil determina como podendo ser proferidas pelo Desembargador relator.

E, funcionando este tribunal em colectivo nos termos determinados na lei, não vemos que sentido faria que a renovação e a produção de prova fosse feita apenas pelo Desembargador relator, quando o que se pretende é uma reapreciação da decisão matéria de facto impugnada por quem decidiu de forma singular. Somos aliás de opinião que nunca deveria ter sido eliminada da lei a possibilidade de, pelo menos, o julgamento ser feito perante a intervenção do tribunal colectivo a requerimento de uma das partes.

Antes de concluirmos, queríamos deixar apenas este breve apontamento.

Como há pouco salientamos, parece-nos ter sido um erro, que o legislador tivesse acabado de vez com a intervenção do tribunal colectivo no julgamento da matéria de facto, aliás, pensamos, que mesmo com a gravação da prova, o julgamento deveria ser sempre feito com a intervenção daquele tribunal.

Ninguém tem muitas dúvidas que na base da exigência da gravação da prova estiveram sempre as desconfianças e dúvidas que existiam no julgamento da matéria de facto e que, em muitos casos, há que admiti-lo, poderão, ter sido justificadas.

⁴⁹ As testemunhas, em geral, não prestam o depoimento na sala de audiência, mas num simples gabinete sem qualquer outra presença e vendo num simples ecrã o tribunal e a figura do juiz, para além disso, muitas vezes existe interrupção na ligação, sendo necessário esperar algum tempo para se retomar o interrogatório, além de que, sempre a testemunha se sente numa posição mais confortável para, se for essa a sua intenção, falsear a verdade dos factos.

⁵⁰ No artigo 712.º, n.º 3 do anterior CPC dizia-se expressamente que o relator podia determinar a comparência pessoal dos depoentes.

Todavia, pensou-se que com a gravação da prova estes problemas tenderiam a desaparecer, pois que, o que se vê muitas vezes na impugnação das decisões da matéria de facto é a exigência da sua alteração com base apenas no que afirmaram as testemunhas arroladas pelo recorrente, que como é evidente, confirmam a sua versão, ou seja, pensou-se que estando gravada a prova, bastava que o tribunal da Relação ouvisse os depoimentos das suas testemunhas para que, sem mais, aquele tribunal, desse como provada a sua versão dos factos ou então, quando houvesse versões contraditórias, a decisão deveria pender para o lado que tivesse o maior número de testemunhas a corroborar a respectiva versão.

Como é evidente, nada disso pode ser visto com esta linearidade, a convicção do julgador não se forma, ou não se deve formar, com base em tais parâmetros, pois bem pode acontecer que haja cinco testemunhas a dizer que o carro que interveio no acidente de viação era preto e uma única testemunha dizer que era branco, acabando o julgador por dar como assente que o carro era, de facto, branco, dando assim credibilidade àquela única testemunha e pelos motivos que na respectiva fundamentação haja vertido.

Acontece que, com a intervenção do tribunal colectivo, as partes tinham de facto, maiores garantias na apreciação da matéria de facto, ainda que a prova houvesse de ser gravada.

Na verdade, e falamos pela nossa experiência, não raras vezes na deliberação do colectivo, as visões sobre a prova não eram coincidentes e só após a discussão e afinação de toda a prova produzida, é que se formava um consenso, que muitas vezes não correspondia à primeira impressão recolhida findo o julgamento.

Ora, é esta discussão e visão concertada de três magistrados que o juiz singular, na sua decisão solitária, não tem, sendo certo que em resultado dessa decisão a prova dos factos pode ficar muitas vezes comprometida e a decisão da 1.^a instância tornar-se mesmo irreversível, bastando para o efeito que no recurso sobre a decisão da matéria de facto a Relação não se depare com as dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente, o sentido do seu depoimento ou dúvida fundada sobre a prova realizada.

5.-Conclusão

Este é, em traços gerais, o novo regime sobre a reapreciação da matéria de facto pelo tribunal de 2.^a instância.

Com ele, pretendeu o legislador reforçar e ampliar os poderes da Relação no julgamento do recurso da matéria de facto, com o objectivo de formar a sua própria convicção sobre a matéria de facto impugnada, bem como deixar claro que é a livre convicção da Relação que

prevalece e que a sua intervenção não se pode limitar à correcção de erros manifestos, grosseiros e, por último, tornar mais fácil ultrapassar limitações resultantes da falta de imediação (renovação/nova prova).

Efectivamente, com tais alterações legislativas o argumento da imediação/oralidade, muitas vezes usado para não se proceder à alteração da decisão da matéria de facto, deixou de ter consistência, pois que, sempre que existam dúvidas sérias, sobre a credibilidade do depoimento ou sobre o seu sentido, o tribunal poderá ordenar a renovação da prova, sendo que o risco de falta de espontaneidade dos depoimentos que possam vir a ser prestados perante o tribunal da Relação e de tentativa de redefinição dos aspectos que influenciaram a convicção da 1ª instância⁵¹, é compensado, como noutro passo já se referiu, pela argúcia e subtilidade do interrogatório feito pelos juízes Desembargadores, magistrados calejados pela experiência no julgamento da matéria de facto.

Para a efectivação dos desígnios supra referidos e que estiveram na mente do legislador, tal como já tivemos ensejo de referir, é absolutamente indispensável dar às Relações as condições necessárias para que, ao invés do que sucedia no âmbito da reforma de 1995, em que aquele poder de sindicância da decisão da matéria de facto raramente era usado, esse poder se venha a traduzir numa concreta segunda instância de decisão.

⁵¹ Abrantes Geraldês, obra citada, pág. 329.